



法律实务直通车丛书



建设工程法律 实务

何红锋 李德华 著

 中国人民大学出版社

法律实务直通车丛书

建设工程法律 实务

何红锋 李德华 著

中国人民大学出版社

· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

建设工程法律实务/何红锋, 李德华著.

北京: 中国人民大学出版社, 2010

(法律实务直通车丛书)

ISBN 978-7-300-13060-6

I. ①建…

II. ①何…②李…

III. ①建筑法-基本知识-中国

IV. ①D922.297.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 231328 号

法律实务直通车丛书

建设工程法律实务

何红锋 李德华 著

Jianshe Gongcheng Falü Shiwu

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室)

010-62511398 (质管部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com> (人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 北京东君印刷有限公司

规 格 160 mm×230 mm 16 开本

版 次 2010 年 12 月第 1 版

印 张 14.75 插页 2

印 次 2010 年 12 月第 1 次印刷

字 数 228 000

定 价 29.00 元

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换

目 录

第一编 专题和经验

第一章 建设工程的发包与承包

第一节 概述	2
一、建设工程合同的概念	2
二、建设工程合同的特征	2
三、建设工程合同的种类	3
第二节 建设工程合同的订立	4
一、建设工程合同的形式	4
二、要约与承诺	7
三、建设工程合同的招标订立	10
四、关于格式条款	21
五、订约责任	21
第三节 建设工程合同的效力	22
一、建设工程合同的生效	22
二、涉及代理的建设工程合同效力	22
三、无效合同和可变更、可撤销的合同	23

第二章 建设工程勘察设计公司

第一节 概述	26
一、勘察设计公司概述	26

二、勘察、设计合同示范文本	27
第二节 勘察设计合同的订立	28
一、勘察设计合同订立的主要法律依据	28
二、勘察合同的订立	29
三、设计合同的订立	30
第三节 勘察设计合同的履行管理	31
一、勘察合同履行管理	32
二、设计合同履行管理	34

第三章 建设工程施工合同

第一节 建设工程施工合同主体法律问题	41
一、施工合同主体资质问题	41
二、代理问题	43
三、联合体承包问题	44
四、“挂靠”问题	46
第二节 建设工程施工合同工程款法律问题	47
一、诚信问题	47
二、工程款约定不明确的问题	48
三、施工合同调价与索赔条款重合的问题	49
四、合同履行中的工程款问题	50
五、情势变更原则适用引发的工程款纠纷问题	51
六、不可抗力事件引发的工程款纠纷问题	52
第三节 建设工程施工合同质量法律问题	52
一、施工合同涉及各方法律主体的质量义务	52
二、建设工程的施工质量问题	55
三、竣工验收的质量问题	59

第四节 建设工程施工合同分包与转包	65
一、概述	65
二、分包合同双方一般权利和义务	67
三、违约、索赔及争议解决	78
四、分包合同履行中常见问题及其处理	80
第五节 建设工程施工合同审计法律问题	83
一、审计的概念和分类	84
二、审计机关的职责与权限	85
三、审计监督中常见纠纷成因	88
四、审计法律纠纷处理	90

第四章 建设工程行政监督管理

第一节 建筑工程施工许可	94
一、施工许可的范围及例外	94
二、申领施工许可证的条件	94
三、申领施工许可证的程序	95
四、延期处理	96
五、法律责任	96
第二节 建设工程招标监督	96
一、职责分工	96
二、审批与备案监督管理	98
三、投诉处理	98
第三节 建设工程质量监督	100
一、工程质量监督部门及其职责分工	100
二、工程质量监督工作内容及职权	101
三、工程质量事故处理	102
四、工程质量投诉处理	102

第四节 建设工程安全监督	103
一、工程安全监督部门及其职责分工	103
二、工程安全监督工作内容及职权	103
三、工程安全事故的预防及处理	104

第二编 案例

案例 1 建筑公司诉房地产开发公司招标投标纠纷案	106
案例 2 道桥公司诉区建设行政主管部门 招标投标纠纷案	111
案例 3 江苏溧阳茂盛建筑公司诉天津市天民公司 联建纠纷与“黑白合同”纠纷案	117
案例 4 第一园林建设工程公司诉南海国际大酒店 有限公司拖欠工程款纠纷案	125
案例 5 浙江义乌市伟业房地产开发公司诉浙江义乌市 建筑工程有限公司建筑工程承包合同纠纷案	136
案例 6 天津某科技发展股份有限公司诉天津某建筑工程 有限责任公司商务楼工程施工合同质量纠纷案	149
案例 7 某建设单位诉设计单位、施工单位、 监理单位道路塌陷质量纠纷案	152
案例 8 天津市新科源技术开发有限公司诉天津天大 天发房地产开发有限公司等建设工程施工合 同纠纷案	160
案例 9 天津市天新房地产开发有限公司诉江苏省都江 建设工程总公司建设工程合同造价纠纷案	169
案例 10 深圳市建安（集团）股份有限公司诉佛山市 顺德区均安镇人民政府施工合同解除纠纷上 诉案	182
案例 11 南通市建筑安装工程总公司诉上海齐来工业	

	发展有限公司工程款纠纷、上海齐来工业发 展有限公司反诉南通市建筑安装工程总公司 工程质量纠纷案	189
案例 12	合同情势变更纠纷——某建设单位 诉某钢材供应商合同价款纠纷案	202
案例 13	建设工程承包合同双方当事人已确定的工程 价款与审计部门审计的工程决算价款不一致 纠纷案	205
案例 14	新华日报社诉南京华厦实业有限公司相邻权 纠纷案	223

第一编

专题和经验

第一章 建设工程的发包与承包

第一节 概 述

一、建设工程合同的概念

建设工程合同是承包人进行工程建设，发包人支付价款的合同。我国建设领域习惯上把建设工程合同的当事人双方称为发包方和承包人，这与我国《合同法》将他们称为发包人与承包人没有区别。双方当事人应当在合同中明确各自的权利义务，但主要是承包人进行工程建设，发包人支付工程款。进行工程建设的行为包括勘察、设计、施工。建设工程实行监理的，发包人也应当与监理人采用书面形式订立委托监理合同。建设工程合同是一种诺成合同，合同订立生效后双方应当严格履行。建设工程合同也是一种双务、有偿合同，当事人双方在合同中都有各自的权利和义务，在享有权利的同时必须履行义务。

从合同理论上说，建设工程合同是广义的承揽合同的一种，也是承揽人（承包人）按照定作人（发包人）的要求完成工作（工程建设），交付工作成果（竣工工程），定作人给付报酬的合同。但由于工程建设合同在经济活动、社会生活中的重要作用，以及在国家管理、合同标的等方面均有别于一般的承揽合同，我国一直将建设工程合同列为单独的一类重要合同。考虑到建设工程合同毕竟是从承揽合同中分离出来的，《合同法》规定：建设工程合同中没有规定的，适用承揽合同的有关规定。

二、建设工程合同的特征

（一）合同主体的严格性

建设工程合同主体一般只能是法人。发包人一般只能是经过批准进行工程项目建设的法人，必须由国家批准建设项目，落实投资计划，并且应当具备相应的协调能力；承包人则必须具备法人资格，而且应当具备相应的从事勘察、设计、施工、监理等资质。无营业执照或无承包资质的单位

不能作为建设工程合同的主体，资质等级低的单位不能越级承包建设工程。

（二）合同标的的特殊性

建设工程合同的标的是各类建筑产品，建筑产品是不动产，其基础部分与大地相连，不能移动。这就决定了每个建设工程合同的标的都是特殊的，相互间具有不可替代性；这还决定了承包人工作的流动性。建筑物所在地就是勘察、设计、施工生产场地，施工队伍、施工机械必须围绕建筑产品不断移动。另外，建筑产品的类别庞杂，其外观、结构、使用目的、使用人都各不相同，这就要求每一个建筑产品都需单独设计和施工（即使可重复利用标准设计或重复使用图纸，也应采取必要的修改设计才能施工），即建筑产品是单体性生产，这也决定了建设工程合同标的的特殊性。

（三）合同履行期限的长期性

建设工程由于结构复杂、体积大、建筑材料类型多、工作量大，所以其合同履行期限较长（与一般工业产品的生产相比）。而且，建设工程合同的订立和履行一般都需要较长的准备期，在合同的履行过程中，还可能因为不可抗力、工程变更、材料供应不及时等原因而导致合同期限顺延。所有这些情况，决定了建设工程合同的履行期限具有长期性。

（四）计划和程序的严格性

由于工程建设对国家的经济发展、公民的工作和生活都有重大的影响，所以，国家对建设工程的计划和程序有严格的管理制度。订立建设工程合同必须以国家批准的投资计划为前提，即使是国家投资以外的、以其他方式筹集的投资，也要受到当年的贷款规模和批准限额的限制，纳入当年投资规模的平衡，并经过严格的审批程序。建设工程合同的订立和履行还必须符合国家关于建设程序的规定。

（五）合同形式的特殊要求

我国《合同法》对合同形式确立了以不要式为主的原则，即在一般情况下对合同形式采用书面形式还是口头形式没有限制。但是，考虑到建设工程的重要性和复杂性，在建设过程中经常会发生影响合同履行的纠纷，因此，《合同法》要求，建设工程合同应当采用书面形式。

三、建设工程合同的种类

建设工程合同可以从不同的角度进行分类。

（一）从承包范围的不同范围和数量进行划分

从承包范围的不同范围和数量进行划分，可以将建设工程合同分为建设工程总承包合同、建设工程承包合同、建设工程分包合同。发包人将工程建设的全过程发包给一个承包人的合同即为建设工程总承包合同。发包人如果将建设工程的勘察、设计、施工等的每一项分别发包给一个承包人的合同即为建设工程承包合同。经合同约定和发包人认可，从工程承包人承包的工程中承包部分工程而订立的合同即为建设工程分包合同。

（二）从完成承包的内容进行划分

从完成承包的内容进行划分，建设工程合同可以分为建设工程勘察合同、建设工程设计合同和建设工程施工合同三类。

第二节 建设工程合同的订立

一、建设工程合同的形式

一般认为，合同的形式可分为书面形式、口头形式和其他形式，公证、审批、登记等则是书面合同的特殊形式。书面形式是指合同书、信件和数据电文（包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件）等可以有形地表现所载内容的形式。如果法律要求必须具备一定形式和手续的合同，称为要式合同；反之，法律不要求具备一定形式和手续的合同，称为不要式合同。《合同法》颁布前，我国有关法律对合同形式的要求是以要式为原则的。而《合同法》规定，当事人订立合同，有书面形式、口头形式和其他形式。法律、行政法规规定采用书面形式，应当采用书面形式；当事人约定采用书面形式，应当采用书面形式。可以认为，《合同法》在合同形式上的要求是以不要式为原则的。

但是，建设工程合同是一种重要的合同，因此，《合同法》第270条规定：“建设工程合同应当采用书面形式。”但是，我们应当对建设工程合同形式有正确的理解。有些同志对《合同法》第270条的规定作出如下理解：建设工程合同的变更也应当采用书面形式，否则无效，仍然应以原书面形式为准。如全国造价工程师执业资格考试培训教材编写委员会、全国造价工程师执业资格考试培训教材审定委员会编审的全国造价工程师执业资格考试培训辅导教材《工程造价案例分析》（中国城市出版社出版）第五章

(建设工程合同管理与索赔) 第一个案例即是关于对建设工程合同形式的理解的。该案例的背景为:“某施工单位(乙方)于某年某月某日与某建设单位(甲方)签订了建造2 000平方米的两层厂房的固定价格施工合同。该合同工期为8个月。甲方在乙方进入施工现场后,因资金紧缺,口头要求乙方暂停施工一个月。乙方亦口头答应。工程按合同规定期限验收时,甲方发现工程质量有问题,要求返工。两个月后,返工完毕。结算时甲方认为乙方迟延交付工程,应按合同约定偿付逾期违约金15 000元。乙方认为临时停工是甲方要求的。乙方为抢工期,加快施工进度才出现了质量问题,因此迟延交付的责任不在乙方。甲方则认为临时停工和不顺延工期是当时乙方答应的。乙方应履行承诺,承担违约责任。”^① 针对问题“该施工合同的变更形式是否妥当?此合同争议依据合同法律规范应如何处理?”该案例的答案为:“根据《中华人民共和国合同法》和《建设工程施工合同(示范文本)》的有关规定,建设工程合同应当采用书面形式,合同变更亦应当采用书面形式。本案中甲方要求临时停工,乙方亦答应,是甲、乙方的口头协议。其变更协议的形式违法,是无效的变更,双方应按原合同规定执行。施工期间,甲方未能及时支付工程款,应对停工承担责任,故应当赔偿乙方停工一个月的实际损失。工程因质量问题返工,造成逾期交付,责任在乙方,故乙方应当支付逾期违约金。”^② 类似的题目和解答在监理工程师的培训中也曾出现,说明对这一问题的类似理解有相当的普遍性。

对于合同的形式有法律规定的(主要是书面形式的规定),该法定形式的法律效力如何认定,世界各国立法和合同理论有不同的理解。但大致有以下四种观点:(1)证据效力,即以法定形式证明合同存在;(2)成立效力,即以法定形式作为合同成立的要件;(3)生效效力,即以法定形式作为合同的生效条件;(4)对抗第三人的效力,即以法定形式对抗第三人的效力。在我国合同实践中,主要的争议存在于法定形式应当具有证据效力还是生效效力(以下简称“证据论”和“生效论”),因此我们仅对这两种观点进行比较和分析。

“生效论”强调的是严格依法办事,既然法律规定合同应当采用书面

① 齐宝库、黄如宝主编:《工程造价案例分析》,94页,北京,中国城市出版社,2000。

② 齐宝库、黄如宝主编:《工程造价案例分析》,95页,北京,中国城市出版社,2000。

形式，不采用则应当认定合同无效。“证据论”的理论基础在于，合同法应当尊重当事人的意思自治，国家不宜对合同干预过多。法律规定合同应当采用书面形式的意义在于，对于重大的合同，当事人对合同的内容有不同的理解时，应当以书面形式为准。事实上，即使在我国合同法对合同形式要求极为严格的时期，“生效论”也是行不通的。因为在我国原《经济合同法》要求几乎所有的经济合同都采用书面形式时，仍有大量的口头经济合同在当事人无争议的情况下顺利履行了。我们无法想象法律应当承担起去纠正大量主体、内容都合法只是采用了口头形式，对社会、当事人都有好处且已顺利履行的合同，这样将会构成对社会经济秩序的破坏。

当然，我们对合同订立和履行过程中的看法应当以法律的规定为基础。我国《合同法》到底采用了哪种观点呢？《合同法》第10条第2款中规定，“法律、行政法规规定采用书面形式的，应当采用书面形式。”但该法第36条规定：“法律、行政法规规定或者当事人约定采用书面形式订立合同，当事人未采用书面形式但一方已经履行主要义务，对方接受的，该合同成立。”该规定非常明确地表明我国《合同法》采用了“证据论”的观点，只有在双方对合同内容有不同理解时，才能以合同的书面形式为准。同样，法律、行政法规规定采用书面形式修改合同，当事人未采用书面形式但一方已经按照修改的内容履行主要义务，对方接受的，该合同的修改也成立。依法成立的合同，自成立时生效。这种生效可以追溯到口头合同订立时。在上述案例中，合同当事人对合同的变更内容并无异议，双方也按照修改的内容进行了履行，不能轻易认定合同无效。

事实上，施工合同的变更是经常发生的，有时变更是以口头的形式进行的。《建设工程施工合同（示范文本）》在“通用条款”第6条中规定，“工程师的指令、通知由其本人签字后，以书面形式交给项目经理，项目经理在回执上签署姓名和收到时间后生效。确有必要时，工程师可发出口头指令，并在48小时内给予书面确认，承包人对工程师的指令应予执行。工程师不能及时给予书面确认的，承包人应于工程师发出口头指令后7天内提出书面确认要求。工程师在承包人提出确认要求后48小时内不予答复的，视为口头指令已被确认。承包人认为工程师指令不合理，应在收到指令后24小时内向工程师提出修改指令的书面报告，工程师在收到承包人报告后24小时内作出修改指令或继续执行原指令的决定，并以书面形式通知承包人。紧急情况下，工程师要求承包人立即执行的指令或承包人虽有异议，但工程师决

定仍继续执行的指令，承包人应予执行。因指令错误发生的追加合同价款和给承包人造成的损失由发包人承担，延误的工期相应顺延”。这一规定与《FIDIC 施工合同条件》的规定相似。我们可以得出这样的结论：不论是国际上还是我国国内，在特殊情况下，都允许施工合同的当事人以口头形式变更合同内容。当事人如果对变更的内容没有争议时（包括不予答复视为确认的情况），这种变更是有效的。在工程实践中，这样的变更是大量存在的，如果不允许这样的变更，将给工程施工造成极大的障碍。

综上所述，不论建设工程合同采用何种合同形式，如果当事人是以口头形式修改合同内容的，包括工程师口头变更指令，《建设工程施工合同（示范文本）》和《FIDIC 施工合同条件》的规定，在学理上都符合“证据论”的观点，也符合我国《合同法》的规定。当事人如果对变更的内容无异议，即使是口头变更，也应当认定其合法有效；如果当事人对变更的内容有异议，则以书面形式的内容为准。

二、要约与承诺

当事人订立合同，采用要约、承诺方式。建设工程合同的成立需要经过要约和承诺两个阶段，这是民法学界的共识，也是国际合同公约和世界各国合同立法的通行做法。

（一）要约

1. 要约的概念和条件。要约是希望和他人订立合同的意思表示。提出要约的一方为要约人，接受要约的一方为受要约人。要约应当符合以下规定：（1）内容具体确定；（2）表明经受要约人承诺，要约人即受该意思表示约束。具体地讲，要约必须是特定人的意思表示，必须是以缔结合同为目的。要约必须是对相对人发出的行为，必须由相对人承诺，虽然相对人的人数可能为不特定的多数人。另外，要约必须具备合同的主要条款。

2. 要约邀请。要约邀请是希望他人向自己发出要约的意思表示。要约邀请并不是合同成立过程中的必经过程，它是当事人订立合同的预备行为，在法律上无须承担责任。这种意思表示的内容往往不确定，不含有合同得以成立的主要内容，也不含相对人同意后受其约束的表示。比如价目表的寄送、招标公告、商业广告（如果商业广告的内容符合要约规定的，视为要约）、招股说明书等，即是要约邀请。

3. 要约的撤回和撤销。要约撤回，是指要约在发生法律效力之前，欲

使其不发生法律效力而取消要约的意思表示。要约人可以撤回要约，撤回要约的通知应当在要约到达受要约人之前或同时到达受要约人。

要约撤销，是要约在发生法律效力之后，要约人欲使其丧失法律效力而取消该项要约的意思表示。要约可以撤销，撤销要约的通知应当在受要约人发出承诺通知之前到达受要约人。但有下列情形之一的，要约不得撤销：第一，要约人确定承诺期限或者以其他形式明示要约不可撤销；第二，受要约人有理由认为要约是不可撤销的，并已经为履行合同做了准备工作。可以认为，要约的撤销是一种特殊的情况，且必须在受要约人发出承诺通知之前到达受要约人，因为承诺生效，合同即告成立。

4. 要约的失效。要约在下列情况下失效：

- (1) 拒绝要约的通知到达要约人；
- (2) 要约人依法撤销要约；
- (3) 承诺期限届满，受要约人未作出承诺；
- (4) 受要约人对要约的内容作出实质性变更。

(二) 承诺

1. 承诺的概念和特征。承诺是受要约人作出的同意要约的意思表示。承诺具有以下特征：

(1) 承诺必须由受要约人作出。非受要约人向要约人作出的接受要约的意思表示是一种要约而非承诺。

(2) 承诺只能向要约人作出。受要约人向非要约人作出的接受要约的意思表示也不是承诺，因为非要约人根本没有订立合同的意愿。

(3) 承诺的内容应当与要约的内容一致。但是，近年来，国际上出现了允许受要约人对要约内容进行非实质性变更的趋势。受要约人对要约的内容作出实质性变更的，视为新要约。有关合同标的、数量、质量、价款或报酬、履行期限、履行地点和方式、违约责任和解决争议方法等的变更，是对要约内容的实质性变更。承诺对要约的内容作出非实质性变更的，除要约人及时反对或者要约表明不得对要约内容作任何变更以外，该承诺有效，合同以承诺的内容为准。

(4) 承诺必须在承诺期限内发出。超过期限，除要约人及时通知受要约人该承诺有效外，为新要约。

2. 承诺的期限。承诺必须以明示的方式，在要约规定的期限内作出。要约没有规定承诺期限的，视要约的作出方式而定：

(1) 要约以对话方式作出的，应当即时作出承诺，但当事人另有约定的除外；

(2) 要约以非对话方式作出的，承诺应当在合理期限内到达。

这样的规定主要是表明承诺的期限应当与要约相对应。“合理期限”要根据要约发出的客观情况和交易习惯确定，应当注意双方的利益平衡。要约以信件或者电报作出的，承诺期限自信件载明的日期或者电报交发之日开始计算。信件未载明日期的，自投寄该信件的邮戳日期开始计算。要约以电话、传真等快速通讯方式作出的，承诺期限自要约到达受要约人时开始计算。

受要约人在承诺期限内发出承诺，按照通常情形能够及时到达要约人，但因其他原因承诺到达要约人时超过承诺期限的，除要约人及时通知受要约人因承诺超过期限不接受该承诺的以外，该承诺有效。

3. 承诺的撤回。承诺的撤回是承诺人阻止或者消灭承诺发生法律效力意思表示。承诺可以撤回，撤回承诺的通知应当在承诺通知到达要约人之前或者与承诺通知同时到达要约人。

(三) 要约和承诺的生效

对于要约和承诺的生效，世界各国有不同的规定，但主要有投邮主义、到达主义和了解主义。对于投邮主义，在现代信息交流方式中可作广义的理解：要约和承诺发出以后，只要要约和承诺已处于要约人和承诺人控制范围之外，要约、承诺即生效。到达主义则要求要约、承诺到达受要约人、要约人时生效。了解主义则不但要求对方收到要约、承诺的意思表示，而且要求其真正了解内容时，该意思表示才生效。目前，世界上大部分国家和《联合国国际货物销售合同公约》都采用了到达主义。我国也采用了到达主义。要约、承诺的生效与合同成立的许多规定都有关联性，如：只有到达主义可以允许承诺撤回，而投邮主义则不可能撤回承诺。

我国《合同法》规定，要约到达受要约人时生效。采用数据电文形式订立合同，收件人指定特定系统接收数据电文的，该数据电文进入该特定系统的时间，视为到达时间；未指定特定系统的，该数据电文进入收件人任何系统的首次时间，视为到达时间。承诺应当以通知的方式作出，根据交易习惯或者要约表明可以通过行为作出承诺的除外。承诺的通知送达给要约人时生效。